

## **ANÁLISIS DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS COMO REFLEJO DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA**

**JUAN GÓMEZ ARBÓS\***

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTO DE CONTRATA Y SUBCONTRATA DEL ARTÍCULO 42 DEL ET.- III. PROPIA ACTIVIDAD.- IV. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO PRINCIPAL.- V. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO PRINCIPAL.- 1. ¿Cuáles son las obligaciones que afectan a la responsabilidad solidaria en el artículo 42 ET.- 2. El encadenamiento de responsabilidades en las contratas.- VI. RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.- 1. Respecto a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.- 2. La responsabilidad de los artículos 104 y 107 de la LGSS.- VII. RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE RIESGOS LABORALES.- VIII. ¿CUÁNDO NO HAY RESPONSABILIDAD?.- 1. Respecto al plazo para reclamar. IX. CONCLUSIONES.- X. BIBLIOGRAFIA.-

### **I. INTRODUCCIÓN**

La competitividad, los costes económicos y recursos humanos han puesto en peligro la estabilidad en el empleo, sobre todo en los países menos desarrollados, y en aquellos países que aún estando entre los más desarrollados mantienen altas tasas de paro, como ocurre en España. La globalización ha traído un nuevo ajuste en el panorama laboral de modo que nos encontramos con una mano de obra más barata en los países en vías del desarrollo y del tercer mundo, algo que ha supuesto menores exigencias de inversión, y una considerable reducción de los costos económicos para las empresas. Ante esta situación y para poder seguir siendo competitivos, se plantean fórmulas que supongan una mayor eficacia en las inversiones, lo que supone dar una mayor flexibilidad a la mano de obra, que desemboque en un ahorro de costos y que

---

\*. Abogado. Doctorando en el departamento de Derecho Privado Social y Económico de la UAM

permita a las empresas desenvolverse dentro de la actual economía de mercado.

Dentro de estas fórmulas para obtener un mayor rendimiento de las inversiones han aparecido contratos como el de «outsourcing», el teletrabajo, y se han dejado a un lado algunos criterios morales, de manera que se ha legalizado la cesión de trabajadores mediante las Empresas de Trabajo Temporal, hasta hace muy poco prohibidas. La fórmula que se ha adoptado de un modo mas generalizado, ha sido lo que se ha venido a llamar la «descentralización productiva», que según Cruz Villalón «consiste en una forma de organización de la actividad empresarial, en virtud de la cual una empresa decide no realizar una serie de actividades optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas. Se trata de actividades que tradicionalmente quedaban integradas dentro del conjunto de sus funciones y que realizaban con sus propios trabajadores, pero que por las razones antes expuestas, de costes económicos, mayor eficacia técnica y mayor flexibilidad se llevan a cabo». «Dentro de este concepto de descentralización productiva» es donde se encuadran las contrata y subcontrata que se han extendido en ciertas tareas como tareas de mantenimiento, administración limpieza, transporte, aparte de las tradicionales en el sector de la construcción. Se entiende que las empresas contratadas o subcontratadas aportan más flexibilidad, puesto que tienen más facilidades para ajustar el volumen de empleo, movilidad de plantilla, bajos costes salariales y sus relaciones laborales apenas están reguladas dada la debilidad o inexistencia de sindicatos en estas empresas.

Sin embargo, como señala García Piqueras «este afán de competitividad y rentabilidad puede producir lesiones a los intereses de los trabajadores, puesto que pueden ver reducidos sus derechos en pro de una política competitiva», esto es algo que se ha puesto de manifiesto en cuestiones como la del «trabajo no declarado», que como ha señalado *la comunicación de la comisión de las comunidades europeas sobre el trabajo no declarado* la subcontratación es una de las formas utilizadas en este tipo de trabajos, de modo que se priva a los trabajadores de los beneficios derivados de un contrato de trabajo formal lesionando no sólo los intereses de los propios trabajadores, sino los propios intereses de la administración y distorsionando de este modo la competencia, especialmente al micronivel. Aunque si bien es cierto que estos últimos años ha sido la propia legislación la que ha recortado estos derechos, todavía existen mecanismos de protección frente a los abusos en nuestra normativa, normas determinadas como el artículo 42 del estatuto de los Trabajadores sobre contrata y subcontrata, el artículo 43 sobre la cesión ilegal de trabajadores, los artículos 104.1 y 127.1 de la Ley General de Seguridad

Social, sobre responsabilidad, los artículos 24.3 y 42.2 de la Ley de Prevención de riesgos Laborales, para las responsabilidades en materia de seguridad e higiene.

Esta preocupación por garantizar a los trabajadores una serie de derechos en materia de responsabilidad de contratas y subcontratas no es nueva; en primer lugar habría que destacar el artículo 1597 del Código Civil de 1889, que contempla la responsabilidad del dueño de la obra frente a los trabajadores del contratista, artículo aún hoy vigente, según García Murcia, para aquellos supuestos que no encajan en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

Otros antecedentes han sido la Orden 11/3/1963, la ordenanza de la construcción de 28/8/70, el DCE de 17 de diciembre de 1970, D3677/1970, en su artículo 4, referidos a contratistas y subcontratistas correspondientes a la propia actividad y exigiendo el carnet de empresa (establecido en el D26 de diciembre de 1954) y que estuviese al corriente de pago con la seguridad social). Este artículo 4 fue literalmente copiado en el artículo 19 de la Ley de Relaciones Laborales.

En cuanto a la Seguridad Social, la legislación de accidentes de trabajo de 1900, LAT de 30 de enero de 1900, encontramos normas protectoras en materia de contratas, y por último en los artículos 68 y 97 de la Ley de Seguridad Social (D 30 de mayo de 1974).

En este trabajo se pretende analizar cuál es la situación en que se encuentran las garantías de los trabajadores en materia de contratas y subcontratas, en el ámbito del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

## II. CONCEPTO DE CONTRATA Y SUBCONTRATA DEL ARTÍCULO 42 DEL E.T.

La contrata es un acuerdo contractual, en la que un empresario, privado o público, encarga a otro empresario, a través del mecanismo jurídico que estimen, la realización de una obra o servicio, por un precio cierto y determinado, en el que cada empresa conserva su autonomía, tanto económica como jurídica, y en la que no es necesario que el empresario contratante sea el destinatario final de la obra o servicio.

Por tanto habrá que considerar la existencia de un empresario principal que es el que encarga la obra o servicio y de uno o varios empresarios auxilia-

res, que son los que realizan la obra o el servicio. Además el empresario principal no tiene por que ser exclusivamente un particular, también puede ser la propia administración<sup>1</sup>.

Hay que señalar que si no hay obra o servicio no hay contrata, y tampoco si la empresa encargada de realizar la obra o servicio no es empleador.

El término contrata abarca tanto al término contrata como al de subcontrata<sup>2</sup>, solo cabría señalar que en caso de la subcontrata nos encontramos ante una contrata de «segunda mano»<sup>3</sup>.

El concepto de contrata y subcontrata ha sido determinado por la doctrina y la jurisprudencia<sup>4</sup>, aunque no de un modo unánime. Para una parte de la doctrina y para la jurisprudencia se ha determinado la contrata o subcontrata como un contrato civil de arrendamiento de obra, de modo que el contrato a que se refiere el artículo 42 ET no es otra cosa que el llamado contrato de empresa, por ello se ha defendido el origen empresarial de la contrata<sup>5</sup>. Sin embargo otra corriente doctrinal, que considero más acertada, ha señalado que la idea de contrata derivada de arrendamiento civil o ejecución de obra o contrato de empresa, resulta inadecuada, ya que no se encuadra completamente en el artículo 42 ET, puesto que no hay ninguna referencia en éste a ese tipo de contratos, y porque además hay contratos que no encajan en el arrendamiento de obra, como el de servicios ,otros tipos de contrataciones atípicas, o cualquier otro tipo de contratos<sup>6</sup>. Además aunque la relación jurídica entre las partes sea de naturaleza civil, esta relación está completada por normas de derecho laboral, que imponen una serie de responsabilidades y obligaciones<sup>7</sup>, como es la

<sup>1</sup>. STS 18 de marzo de 1997(Ar.272), en la que se considera a las concesiones como contratas.

<sup>2</sup>. STCT 10 de abril de 1989(Ar.2646).

<sup>3</sup>. Martín Valverde, A. «*La Protección Jurídica del trabajo en contratas*», Cuadernos de Derecho Judicial, TXXII, 1994.pág 107. S.TSJ Andalucía 8 de marzo de 1996(Ar.518.)

<sup>4</sup>. García Murcia, J. «*El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el ET*» .Revista de Política Social,130,1981,pág 7 y S.S. Martín Valverde, A. «*Responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras o servicios*». Comentarios a las Leyes Laborales, TVIII, 1982 ,pág. 223 y SS. Fernández Marcos, L. «*Responsabilidad del empresario principal respecto de contratistas y subcontratistas en materia de seguridad e higiene en el Trabajo*»..AL,1992, STCT 10 de abril de 1989(Ar.2646)

<sup>5</sup>. Martín Valverde, A. *Responsabilidad empresarial*...art. cit. pág. 236-238

<sup>6</sup>. Rodríguez Piñero, M.« Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal», RL, nº 7, 1996.

<sup>7</sup>. García Piqueras, M . *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios*, Tirant lo Blanch, 1998.pág 20

necesidad de que en esta relación exista un empleador, contratista o subcontratista.

De la definición expuesta de la contrata, se desprende que nuestro ordenamiento no contiene ninguna prohibición que impida al empresario recurrir a la contratación externa, para descentralizar su producción y para integrar su producción productiva<sup>8</sup>.

Esta descentralización productiva puede poner en peligro determinados derechos de los trabajadores o pueden ser causa de fraudes y abusos empresariales, con más probabilidad dentro de las obras o servicios que se refieran a la propia actividad, pudiendo ofrecer la posibilidad de encubrir cesiones a trabajadores, aprovechando la contrata, como suministro de personal. Por esto la doctrina ha señalado una serie de caracteres para determinar la diferencia entre una contrata y un cesión ilegal de trabajadores<sup>9</sup>:

- a) La contrata ha de estar válidamente constituida y disponer de organización con existencia autónoma.<sup>10</sup>
- b) Contar con medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de su actividad, medios que serán múltiples y heterogéneos y están en función de su complejidad y tamaño. Habrá que tener en cuenta instalaciones, maquinaria, herramientas, obreros, técnicos y personal directivo<sup>11</sup>.
- c) Desarrollar una actividad propia y específica, diferente de la empresa principal, aunque complementaria y de colaboración con aquella<sup>12</sup>.
- d) Organizar, dirigir y controlar efectivamente el desarrollo de su propia actividad, ejerciendo el contratista las funciones inherentes a su condición de empresario.<sup>13</sup>
- e) Asumir responsabilidades y riesgos propios del desarrollo de una gestión empresarial.<sup>14</sup>

<sup>8</sup>. STS 27 de octubre de 1994(Ar.8531)

<sup>9</sup>. García Murcia, j. Trabajo en contratas., art.cit., pág. 8-9 Martín Valverde, A. Responsabilidad empresarial.,art.cit. pág. 237-238 Cruz Villalón, J. «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», RL, nº 2, 1992, pág. 133-134.

<sup>10</sup>. STCT 13 de octubre de 1978, STSJ Cataluña 13 de diciembre de 1996(Ar.4987).

<sup>11</sup>. STCT 17 de mayo de 1977,STCT12 de mayo de 1976(Ar.2480).

<sup>12</sup>. STCT 8 de abril de 1974 (Ar.1769).

<sup>13</sup>. STCT 10 de marzo de 1976( Ar.1354).

<sup>14</sup>. STCT 10 de marzo de 1976 y STS 18 de marzo de 1994.(Ar.2548)

- f) La habitualidad. Suficiente estabilidad o relativa permanencia de la relación contractual entre empresario principal y auxiliar.<sup>15</sup>

Estos criterios nos ayudarán a determinar si nos encontramos ante dos empresarios uno principal y uno auxiliar o ante un empresario que sólo facilita la mano de obra para la realización de un trabajo por el empresario principal, entrando en este caso dentro de la aplicación del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

### III. PROPIA ACTIVIDAD

Uno de los grandes problemas que se ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia a la hora de interpretar el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores es delimitar y definir el término «propia actividad». Han sido numerosos los artículos doctrinales referidos a este término y a pesar de los años que han pasado desde que entró en vigor este artículo, no hay una posición clarificadora ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, y el legislador, ha preferido mantenerse al margen, dejando a la interpretación de los tribunales la aclaración del término «propia actividad».

Dice el artículo 42 : « Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos.....».

Doctrina y jurisprudencia optaron en un principio por un criterio más proteccionista y en consecuencia más amplio del principio de actividad, esto se debía a que esta figura era el vehículo habitual de encubrimiento de las cesiones de mano de obra. Ante una insolvencia se debatía si era cesión o contrata y subcontrata<sup>16</sup>. El concepto inicial se determinó por la doctrina de modo que nos encontrábamos ante «propia actividad» siempre que se consiguiera el mismo resultado, sin necesidad de contratar con un tercero, contratista, siempre que el empresario pudiera realizar ese trabajo con su propio personal<sup>17</sup>, y que hubiera una conexión directa o indirecta, de participación, con el ciclo productivo de la empresa<sup>18</sup>, entendiendo por ciclo productivo el complejo de operaciones que en circunstancias normales, son necesarias para alcanzar los

<sup>15</sup>. STS 16 de febrero de 1989(Ar.874).

<sup>16</sup>. Rodríguez Piñero, M. *Propia actividad y contrata*, RL, nº 6, 1996, pág. 36.

<sup>17</sup>. Martín Valverde, A. *Responsabilidad empresarial...*art.cit. pág. 243

<sup>18</sup>. Rodríguez Piñero, M. *La regulación protectora del trabajo en contratas*. RPS, n *Descentralización...*art.cit. , pág. 114

objetivos de producción o intercambio de bienes y servicios que se constituyan el fin de la empresa<sup>19</sup>. Por esto se ha señalado por algún autor que casi todas las contratas o subcontratas se encuadran dentro del criterio de «propia actividad»<sup>20</sup>.

Para delimitar la «propia actividad» se han expuesto por la doctrina<sup>21</sup> una serie de criterios a tener en cuenta:

- a) El tiempo de la prestación del servicio, si se realiza con frecuencia. Normalidad y habitualidad.
- b) El lugar de prestación de trabajo. Cuando las actividades del empresario principal y auxiliar se realizan en el mismo lugar.
- c) Naturaleza del trabajo: si forma parte del ciclo productivo de la empresa.
- d) La Sustituibilidad: que el empresario pueda conseguir los mismos resultados sin recurrir a otros contratistas.
- e) La propiedad de los útiles de trabajo.
- f) La gestión directa: aquellos casos en que con anterioridad la empresa principal venía ejecutando directamente con trabajadores propios las obras o servicios que ahora tiene la contrata.
- g) El objeto social de la empresa: en el caso de que el objeto social de la empresa principal coincida con el de las contratas o subcontratas.
- h) La comparación: si dicha actividad en empresas asimiladas se efectúa con trabajadores propios es una indicación de propia actividad.

Esta visión inicial de la «propia actividad» empezó a matizarse por la doctrina, cuando Cruz Villalón expuso una serie de principios que han dado pie a la actual interpretación más restrictiva del concepto señalando que a la hora de establecer criterios no hay que generalizar dado lo complejo del asunto. Divide las contratas en dos tipos, las que coadyuvan directamente en la

---

<sup>19</sup>. Mariucci...Il Lavoro. STS 2 de diciembre de 1987(Ar.2974).

<sup>20</sup>. Alonso Olea.- Casas Baamonde. *Derecho del Trabajo*, 13ª Ed. , pág. 94

<sup>21</sup>. Cruz Villalón, J. Descentralización.. art.cit., pág. 133-134 García Murcia, J. *Trabajo en contratas...*art.cit, pág. 28. Martín Valverde, A. *Responsabilidad empresarial...*art.cit., pág. 242-243

elaboración final del producto o servicio ofrecido por la empresa principal, y otras que tienen un carácter más marginal o externo de la actividad central. En base a estos principios excluye de la responsabilidad solidaria:

- a) Las obras de infraestructura, construcción, reparación, y puesta en marcha de maquinaria<sup>22</sup>;
- b) Contratas o empresas de servicios, caso de las promotoras.<sup>23</sup>
- c) Actividades complementarias que no forman parte del núcleo central, pero son necesarias. Coadyuvan a la obtención del objetivo final y no forman parte del ciclo productivo.<sup>24</sup>

Para Cruz Villalón no está claro si las empresas de limpieza, seguridad, cafetería, coadyuvan o pertenecen al ciclo productivo, señalando que habrá que examinar cada sector para determinar si pertenecen a la «propia actividad», puesto que reconoce que son actividades externas al ciclo de producción de la empresa, aunque dada la fragilidad de estas empresas, quizá requieran más protección; además tradicionalmente estas actividades las ha realizado la propia empresa con su personal.<sup>25</sup>

Finalmente la doctrina ha expuesto dos puntos de vista que hacen referencia a la situación anterior más amplia con el concepto de «propia actividad» y a un criterio más restrictivo de lo que hasta ahora se había propuesto. Las teorías a las que nos referimos son la de actividades indispensables y la de actividades inherentes<sup>26</sup>.

Actividades indispensables serían aquellas tareas específicas del ciclo productivo, y todas aquellas que aunque inespecíficas, resulten necesarias en una organización de trabajo. En este caso dentro del concepto de «propia actividad» estarían incluidos todos los servicios, y actividades de las llamadas complementarias: limpieza, mantenimiento, vigilancia, etc.

Las actividades inherentes, se refiere a las contrataciones de actividades que se refieran exclusivamente al ciclo productivo que en circunstancias normales

<sup>22</sup>. STS 14 de diciembre de 1982(Ar.8011).

<sup>23</sup>. STCT 28 de julio de 1986(Ar.6911).

<sup>24</sup>. STS 2 de diciembre de 1987(Ar.9274).

<sup>25</sup>. STS 18 de enero de 1995(Ar.514).

<sup>26</sup>. Martín Valverde, A. *La protección jurídica...*art.cit., pág. 119-121. STSJ Andalucía 4 de julio de 1995(Ar.2757)



son necesarias para alcanzar los objetivos de producción. No se incluyen en este caso las actividades complementarias.

Como se ha podido ver, la doctrina ha ido moldeando el concepto de «propia actividad», hasta llegar a plantear una interpretación cada vez más restrictiva. Pero esto no ha sido suficiente para que se haya eliminado el criterio más amplio y garantista del concepto que estamos analizando.

La jurisprudencia tampoco ha clarificado con éxito, el concepto de «propia actividad»; adoptando criterios opuestos en numerosas ocasiones. En un principio los tribunales optaron por seguir el criterio más amplio de «propia actividad», en este sentido tenemos numerosos ejemplos: STCT 8 de abril de 1974, que considera «propia actividad» aquella que ayude a la finalidad productiva de la empresa principal, la STCT de 14 de mayo de 1976(Ar.2546), que señala que el contratista debe realizar los trabajos propios de su especialidad, han de ser trabajos determinados, distintos de los de la empresa comitente ya que no se pueden contratar los trabajos propios que la empresa principal pueda llevar cabo con sus trabajadores, la STCT de 27 de noviembre de 1976 que dice que la contrata debe referirse a la ejecución de determinadas obras que constituyan la actividad normal de la que se dedica la empresa principal, aunque dichas obras no correspondan con el fin productivo de la misma. La STCT de 21 de junio de 1979(Ar.4264), en la que reconoce los servicios de limpieza de locales como «propia actividad», algo que también reconoce la STCT de 25 de abril de 1986(Ar.2804). La STCT de 15 de febrero de 1989(Ar.1224) reconoce como propia actividad el transporte, la del TSJ de Madrid de 30 de enero de 1991(Ar.935) señala como «propia actividad» la carga y descarga, y la sentencia del TSJ de Cataluña de 20 de septiembre de 1993(Ar.3837) que en las responsabilidades va más allá de la «propia actividad».

Durante este período hubo pocas sentencias contrarias a este criterio amplio, pero lo cierto es que hubo argumentaciones que optaron por entender que el artículo 42 no se aplicaba como en la STCT de 20 de octubre de 1983(Ar.8666) donde no consideran la limpieza como «propia actividad», la STCT de 1 de septiembre de 1986(Ar.7215), que no considera el transporte como propia actividad y la del TSJ de Galicia de 11 de octubre de 1994(Ar.3905) que no considera «propia actividad» la venta de billetes por una empresa contratada por RENFE para esa actividad.

Ha sido con la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995 (Ar.514), cuando los tribunales han decidido aplicar un criterio más restrictivo

de la «propia actividad». Esta sentencia dictada por el Tribunal Supremo refleja la postura que tradicionalmente han adoptado los tribunales a la hora de definir el concepto de «propia actividad», señalando que hasta ese momento se ha aplicado un concepto amplio, según la sentencia «*in extenso*», pero se decanta finalmente por adoptar un concepto más restrictivo conforme al criterio inherente de la «propia actividad»<sup>27</sup> señalando que:

*« una interpretación absoluta y radicalmente amplia del concepto de «propia actividad» nos llevaría a no comprender la exigencia del supuesto de hecho contenido en el artículo 42 mencionado. Si se exige que las obras y servicios que se contraten o subcontraten deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es por que el legislador está pensando en una limitación razonable que excluye una interpretación favorable a cualquier tipo de actividad empresarial ».*

*«En consecuencia, la solución a la problemática apuntada, puede venir dada por el examen cuidadoso y específico de cada supuesto».*<sup>28</sup>

Después de esta sentencia no se ha producido un pronunciamiento claro sobre la «propia actividad» pero sí que ha dado pie a que varios tribunales hayan aplicado este concepto más restrictivo de la «propia actividad» como la sentencia de TSJ de Madrid de 7 de marzo de 1996(Ar.1216), del TSJ de Cataluña de 4 de marzo de 1996(Ar.1860), del TSJ de Castilla la Mancha de 10 de abril de 1997(A.L.1388) y TSJ Andalucía 17 de junio de 1998(Ar.S.3220), y últimamente la sentencia del TS de 24 de noviembre de 1998(recurso 517/1998)<sup>29</sup>, que ratifica lo expuesto en la sentencia de 18 de enero de 1995(Ar.514), aunque se han seguido dictando sentencias que mantienen los criterios más amplios de «propia actividad» como las del TSJ de Asturias de 15 de marzo de 1996(Ar.1837), la del TSJ del País Vasco de 26 de noviembre de 1996(Ar.3772), TSJ de Andalucía 22 mayo de 1997(Ar.S.1612), TSJ de Murcia 23 de enero de 1998(Ar.S.523), TSJ de Asturias 29 de enero de 1999.

Todo el análisis anterior viene a confirmar el panorama poco esclarecedor de la doctrina y la jurisprudencia. Desde nuestro punto de vista creemos

<sup>27</sup> Teoría ya expuesta por Martín Valverde, A. *La protección jurídica...*art.cit., pág. 119-121. STSJ Andalucía 4 de julio de 1995(Ar.2757).

<sup>28</sup> Criterio expuesto también por Cruz Villalón. Cruz Villalón, J. *Descentralización..* art.cit., pág. 130

<sup>29</sup> Ponente de la sentencia 24 de noviembre de 1998, Martínez Garrido

que es más correcto mantener un criterio amplio sobre el concepto de «propia actividad». Se está produciendo con las últimas interpretaciones una corriente que trata de favorecer la flexibilización, y que ha olvidado, en cierto modo, esas garantías que para con el trabajador debe tener el ordenamiento laboral. Un criterio más amplio está justificado no sólo para evitar fraudes y sanear el mercado de trabajo, sino por las ventajas económicas mediatas que recibe el empresario por el trabajo que realizan los empleados del contratista. Se trata de establecer con esta interpretación un papel de garante a causa del aprovechamiento implícito del empresario principal de la prestación laboral y evitar situaciones de precariedad laboral<sup>30</sup>.

Si acudimos al derecho comparado, en la legislación Italiana<sup>31</sup> se desarrolló en su artículo 1676 del Código Civil y en la Ley 1364/1960 que las empresas de limpieza y mantenimiento ordinario entraban dentro de la responsabilidad solidaria al ser parte de la «propia actividad» de la empresa. La doctrina Italiana habla del ciclo productivo normal de la empresa, definido como el complejo de operaciones normales e íntegramente necesarias para conseguir el resultado con el que se identifica la empresa, por eso la Ley Italiana distingue entre actividades normales, que sí tienen responsabilidad solidaria y actividades episódicas, instalaciones y mantenimiento, siempre que no sean continuadas, que estarán excluidas de responsabilidad.

Esto nos lleva a pensar que la intención del legislador en nuestro país, al menos inicialmente, era la de regular a la mayoría de contratas y subcontratas que se producen, y garantizar, estableciendo las responsabilidades del artículo 42, los derechos de los trabajadores. Por eso creemos que las actividades complementarias deben estar incluidas dentro del concepto de «propia actividad», por los beneficios que le generan al empresario principal, lo que debe generar también alguna responsabilidad por su parte, por la posibilidad de fraude, y además por que debe tenerse en cuenta la fragilidad de muchas de estas empresas, de modo que se debería proteger frente a insolvencias o morosidades de las contratas a sus trabajadores. Por lo tanto nos encontramos con el artículo 42 del E.T., ante un mecanismo de tutela o garantía que va más allá de la acción directa que el Código Civil reconoce a los trabajadores.<sup>32</sup>

<sup>30</sup>. Rodríguez Piñero, M. *Propia actividad y contrata*, RL, nº 6, 1996, pág. 37-38.

<sup>31</sup>. Extraído de Sala Franco, T. *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*. A.A.V.V. MTSS, 1987, pág. 218 y S.S.

<sup>32</sup>. Rodríguez Piñero, M. «El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores». *Relaciones Laborales*, 1996, T.I., pág. 29

#### IV. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO PRINCIPAL

Señala el artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores que: « Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos *deberán comprobar* que dichos contratistas están al corriente de pago de la cuotas de Seguridad Social. Al efecto *recabarán* por escrito, con identificación de la empresa afectada, *certificación negativa por descubiertos* en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librarla inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogable».

Con la lectura de este artículo se deduce el deber del empresario principal de solicitar la certificación ante la Tesorería de la Seguridad social. Pero esto no ha sido entendido del mismo modo por una parte de la doctrina, que señala que difícilmente se puede exigir al contratista este requisito, de modo que no se trata de una obligación lo que establece el artículo 42, sino de una comprobación<sup>33</sup>, o de una facultad del empresario<sup>34</sup>, que decide si se abstiene o realiza dicha comprobación. En contra de esta interpretación se sitúa la mayoría de la doctrina<sup>35</sup>, que sí estima que la obtención de la certificación negativa de descubiertos es un deber para el empresario principal, puesto que el mandato del artículo 42 ET es claro y no hay ningún precepto que exima de ese deber al empresario. Este deber de solicitar una certificación, además de ser un medio de comprobación es un medio de implicar a la Administración.<sup>36</sup>

En la normativa anterior al artículo 42 del ET<sup>37</sup> se establecía la garantía de solicitar a la empresa auxiliar el carnet de empresa, si no se tenía ese carnet, nos encontrábamos ante una contrata ilegal. El incumplimiento al contratar con una empresa sin carnet se sancionaba vía administrativa, y el delegado del trabajo podía proponer la paralización de la obra. Existía una prohibición legal de contratar.<sup>38</sup>

<sup>33</sup>. García Murcia, J. *Trabajo en contratas...* art.cit, pág. 31-34

<sup>34</sup>. García Ninet. *Comentario al artículo 42 y 43 del ET del «Estatuto de los Trabajadores»* Madrid 1981, pag. 304

<sup>35</sup>. Martín Valverde, A. *Responsabilidad empresarial...* art.cit., pág. 246. Cruz Villalón, J. *Descentralización...* art.cit., pág. 157-162

<sup>36</sup>. Martín Valverde, A. *Responsabilidad empresarial...* art.cit., pág. 246

<sup>37</sup>. D 3677/1970 de 17 de diciembre

<sup>38</sup>. Martínez Garrido, LR. *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas*. Fundación Confemetal. 1998, pág. 48

En el artículo 42 ET no existe esta prohibición a pesar de esto algunos autores han estimado que el deber de comprobación del artículo 42 lleva implícito otro deber que es la prohibición de celebrar contratos con empresas contratistas en situación de morosidad o insolvencia. A nuestro juicio esta prohibición carece de fundamento legal, que no hay normas que impidan tal contratación, y en el caso de que las hubiera podría considerarse que lesionan el artículo 38 de la Constitución Española, que proclama el principio de libertad de empresa<sup>39</sup> y, por tanto podría tratarse de una norma inconstitucional.<sup>40</sup> En cualquier caso, creemos que la intención del legislador es la de tratar de evitar este tipo de contrataciones con empresas insolventes o morosas, para proteger, dentro de lo posible, los derechos de los trabajadores.

La certificación que debe solicitar el empresario principal, debe ser una certificación negativa por descubiertos, pero en esta certificación no se reflejan las personas ni las cantidades por las que se cotiza, por eso es recomendable, como comprobación, solicitar, a modo de complemento, los boletines de cotización que afecten a los trabajadores de la contrata.<sup>41</sup>

Respecto al plazo para solicitar la certificación, el artículo 42, no señala nada, pero la sentencia del TSJ de Cataluña de 29 de abril de 1995(A.L.1563), señala que puede solicitarse la certificación en cualquier momento, puesto que no hay norma que indique lo contrario. No podemos estar de acuerdo con esta sentencia, como ya hemos señalado la intención del legislador en este artículo 42 es la de evitar las contrataciones con empresas insolventes o morosas, además dado el extremado cuidado que hay que tener con la aplicación de este artículo, en relación a la descentralización de la producción, y los posibles fraudes que pudieran ser cometidos, como señala *la comunicación de la comisión de las comunidades europeas sobre el trabajo no declarado* de 7 de abril de 1998, la subcontratación como *trabajo clandestino* o *trabajo no declarado* es una de las formas más utilizadas en la *descentralización productiva* de modo que se priva a los trabajadores de los beneficios derivados de un contrato de trabajo formal, así como de la protección que otorga dicho contrato de trabajo, lesionando por tanto, no sólo los intereses de los propios trabajadores, sino los propios intereses de la administración, poniendo en peligro tanto la financiación como el funcionamiento de los servicios públicos y distorsionando de este modo la competencia, especialmente al micronivel, por todo

<sup>39</sup>. En este sentido la STSJ Andalucía/Málaga de 8 de marzo de 1996 sobre la libertad de subcontratación(Ar.518)

<sup>40</sup>. Martínez Garrido, LR. *Tratamiento laboral de la contratación* ..op.cit., pág. 48

<sup>41</sup>. Martínez Garrido, LR. *Tratamiento laboral de la contratación* ..op.cit. pág. 49

esto, no entiendo que se les den facilidades a las empresas infractoras para que puedan solicitar la certificación de la contrata al finalizar dicha contrata y puedan desaparecer como tales empresas, o puedan desaparecer sus responsables. Por ello en base a los intereses de los propios trabajadores y la administración a la hora de exigir responsabilidades, entendemos que la certificación debe solicitarse antes de iniciarse la contrata a fin de evitar que los empleadores infractores perjudiquen con su actuación desleal a los trabajadores, la administración y al resto de empresas que compiten dentro del marco legal establecido.

En cuanto a la certificación existen varias posibilidades: que sea positiva, negativa, que no se realice notificación por la Tesorería General de la Seguridad Social o que se solicite por el empresario dicha certificación. En caso de que sea positiva, si continúa la actividad de la contrata habrá responsabilidades solidarias. En caso de ser negativa o que no se efectúe notificación en el plazo de 30 días naturales, según el artículo 5.2 del Código Civil, no habrá responsabilidades para el empresario principal. Por último, si no se solicita la certificación habrá responsabilidad solidaria.

Algún autor<sup>42</sup> ha señalado la necesidad de solicitar una certificación cada mes mientras dure la contrata, tal y como señala la circular de la tesorería General de la Seguridad Social de 29/1/1981. Sin embargo la aplicación de esta circular nos resulta dudosa, puesto que el artículo 42 no dice nada de que haya que pedir varias certificaciones, además señala expresamente que habrá que solicitar certificación, de modo que de la lectura literal de dicho artículo entendemos que se extrae claramente la singularidad de la certificación sin que sea necesario desarrollar esta norma por una circular, ni extraer un sentido plural a esta exigencia.

Un problema que se plantea en caso de que la certificación solicitada sea positiva, es la posibilidad del empresario principal de desistir del contrato. Es evidente que si el empresario principal quiere evitar las responsabilidades del artículo 42 del ET, en caso de certificación positiva deberá desistir de la contrata, pero esto puede producirle otro tipo de perjuicios de carácter contractual contra los que no está protegido por la normativa, por lo que la doctrina<sup>43</sup> ha sugerido que para evitar reclamaciones del contratista o subcontratista al empresario principal, deberían incluirse, en caso de certificación positiva,

<sup>42</sup>. Martínez Garrido, LR. *Tratamiento laboral de la contratación* ..op.cit., pág. 51

<sup>43</sup>. García Murcia, J. *Trabajo en contratas...*art.cit., pág. 37-39 Martínez Garrido, LR. *Tratamiento laboral de la contratación* ..op.cit.,

cláusulas suspensivas, resolutorias y penales, en el contrato para la realización de las obras o servicios.

Para terminar señalar que no hay que esperar a la obtención de la certificación, una vez solicitada, para iniciar lo establecido en el contrato.

## V. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO PRINCIPAL

Dice el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores: «El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo».

En este artículo nos encontramos con una responsabilidad de origen legal, de modo que no intervienen las partes en su puesta en marcha<sup>44</sup>. Es una responsabilidad solidaria, y es una responsabilidad singular al no tratarse de un derecho de la empresa principal sino de una deuda la empresa auxiliar<sup>45</sup>. Como deuda solidaria, no se impide que posteriormente el empresario principal pueda repercutir contra el empresario auxiliar. La solidaridad permite en este caso que se puedan utilizar contra las reclamaciones de los acreedores todas las excepciones que se derivan de la naturaleza de la obligación según se desprende del artículo 1148 del Código civil<sup>46</sup>. Esta es una responsabilidad en la que los empresarios no pueden pactar su exclusión, ni los trabajadores renunciar a su beneficio según el artículo 3.5 del ET.

La responsabilidad solidaria de este artículo 42 del ET sólo afecta a aquellos trabajadores que han estado trabajando en tareas de la contrata o subcontrata.

En definitiva, se producirá la responsabilidad solidaria del empresario principal cuando se trate de una contrata de una misma actividad, cuando la certificación que se ha solicitado a la Tesorería General de la Seguridad social sea positiva o no se haya solicitado, si las obligaciones son del tiempo de la contrata y sobre trabajadores de esa contrata.

<sup>44</sup>. Martín Valverde, A. *Responsabilidad empresarial*.. art.cit., pág. 257

<sup>45</sup>. Cruz Villalón, J. *Descentralización*.. art.cit., pág. 137

<sup>46</sup>. García Paredes, ML. «*La subcontratación de obras y servicios*». Cuadernos de Derecho Judicial. T.XXII.1994, pág. 43.

**1. ¿Cuáles son las obligaciones que afectan a la responsabilidad solidaria señalada en el artículo 42 ET?**

El empresario principal responderá exclusivamente de aquellas obligaciones que sean de naturaleza salarial<sup>47</sup>, es decir las señaladas en los artículos 26.1 y 3 ET. Para que afecten al empresario principal estas obligaciones debe tratarse de trabajadores que hayan estado trabajando en la contrata y en caso de despido de trabajadores que en el momento del despido hubieran estado prestando servicios en dicha contrata. Sólo desde el despido surge la obligación del abono de los salarios de tramitación<sup>48</sup>. Se ha señalado por los tribunales que se impone al empresario la carga de probar, no el salario del convenio del sector correspondiente, sino la prueba de que los trabajadores de la misma categoría del demandante dentro de la empresa tienen una retribución no superior al convenio<sup>49</sup> y, en cualquier caso inferior a las acreditadas por los trabajadores que reclaman, de modo que se establece el límite del salario real como cantidad a reclamar<sup>50</sup>.

En cualquier caso el límite a la responsabilidad solidaria, como señaló el propio artículo 42 ET, será el que se hubiera dado en caso de que fuera su personal fijo y de la misma categoría y puesto, si no hay equivalencia de convenios el que tenga el trabajador de la contrata.

La jurisprudencia ha admitido dentro de la naturaleza salarial: el plus de trabajo «fuera de España»<sup>51</sup>, los atrasos derivados de la aplicación retroactiva del convenio colectivo<sup>52</sup>, la mora en el abono de diversas partidas salariales<sup>53</sup>, el plus de transporte, en caso de mejora de carácter salarial y no como compensación.<sup>54</sup>

Los salarios de tramitación habían sido admitidos, hasta ahora, dentro de la responsabilidad solidaria, señalando su naturaleza salarial<sup>55</sup>, como refleja la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1994(Ar.6351) «una interpretación literal de la normativa vigente conduce a apreciar la naturaleza salarial

47. STSJ Andalucía 28 de septiembre de 1994(Ar.3388).

48. STSJ Murcia 10 de abril de 1996(Ar.2832).

49. STSJ Madrid 13 de febrero de 1992(Ar.994).

50. STSJ Cataluña 20 de septiembre de 1993(Ar.3837).

51. STSJ Madrid 10 de junio de 1991(Ar.4051)

52. STCT 10 de noviembre de 1988(Ar.7065)

53. STCT 1 junio de 1985(Ar.3669).

54. STCT 2 marzo de 1988(Ar.1953)

55. STS 9 abril 1984 (Ar.2057), STS 27 octubre 1986 (Ar.5906), STS 7 julio 1994 (Ar.6351), STSJ Andalucía 22 diciembre de 1995(Ar.4664).



de estos devengos pues el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores impone al empresario la obligación de abonar los «salarios dejados de percibir» en caso de declaración de despido nulo y el artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores expresa que la obligación empresarial se contrae a una cantidad equivalente a los salarios dejados de percibir en caso de despido improcedente (en los mismos términos, los artículos 110.1 y 113 de la Ley de Procedimiento Laboral)».

Pero en contra de lo establecido hasta ahora por la jurisprudencia, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1998, sala 4ª ha señalado que «El predominio de carácter indemnizatorio que la Sala ha conferido a los salarios de trámite, obliga a reconsiderar el criterio seguido por la sentencia, aportada como contradictoria<sup>56</sup>, y a rectificarlo, ya que la obligación impuesta al empresario principal que responde durante el año siguiente a la terminación de su encargo de las obligaciones contraídas por los contratistas con sus trabajadores, por el art. 42.2 ET se refiere «a las obligaciones de naturaleza salarial», y como se ha hecho ver en el fundamento precedente los salarios de trámite tienen vertientes salariales, como la obligación de cotizar por ellos, y una finalidad indemnizatoria como razonan las múltiples sentencias de esta Sala ya citadas, y por ello tanto si se concluye que constituyen un concepto propio como si se admite su exclusiva naturaleza indemnizatoria, nunca pueden ser conceptuados como obligaciones de estricta naturaleza salarial, únicas de las que es responsable solidario el contratista principal.» Para el Tribunal Supremo predomina el carácter indemnizatorio frente al salarial.

Por último las dietas<sup>57</sup>, los plus de transporte y distancias<sup>58</sup>, las horas extraordinarias<sup>59</sup>, las indemnizaciones por falta de preaviso<sup>60</sup>, las indemnizaciones por despido<sup>61</sup> y las percepciones extrasalariales<sup>62</sup> han quedado fuera, para la jurisprudencia, del concepto salarial del artículo 42.

## **2. El encadenamiento de responsabilidades en las contratas**

En los casos de contratas y subcontratas no siempre nos referimos a una relación entre dos sujetos, empresario principal y empresario auxiliar. En la

<sup>56</sup>. STS 7 julio 1994(Ar.6351)

<sup>57</sup>. STCT 28 noviembre 1985(Ar.6553)

<sup>58</sup>. STCT 25 marzo de 1985(Ar.2086)

<sup>59</sup>. STCT 5 abril de 1989(Ar.2596)

<sup>60</sup>. STS 27 octubre de 1986(Ar.5906)

<sup>61</sup>. STS 27 junio de 1988.(Ar.5471)

<sup>62</sup>. STCT 28 noviembre de 1985(Ar.6553), STCT 5 abril de 1989(Ar.2596).

mayoría de las ocasiones, se da lo que se ha venido a llamar una descentralización en cadena<sup>63</sup>, por la que el empresario comitente contrata a su vez a otras empresas para la realización de trabajos que afectan a la contrata en su conjunto. En estos cabe la duda de si el empresario principal debe asumir las obligaciones que hay frente a los trabajadores de las subcontratas. Ante esta duda sobre la responsabilidad se plantean tres hipótesis<sup>64</sup>:

- 1) La aceptación plena del encadenamiento de contratas, todas las empresas responden solidariamente. Responsabilidad ascendente<sup>65</sup>.
- 2) Encadenamiento parcial. La principal responde de todas las auxiliares, pero no se aplica la responsabilidad solidaria a las empresas intermedias de la cadena descentralizadora.
- 3) No hay encadenamiento. Sólo responde la auxiliar. Responsabilidad bipolar.

Para una parte de la doctrina, la tercera de las hipótesis es la más adecuada a la hora de aplicar las responsabilidades del artículo 42 ET, puesto que la responsabilidad impuesta a cada empresario lo es respecto a los trabajadores de la empresa con la que él contrata, lo que no deja de tener su lógica desde el momento que él no puede controlar la celebración de las sucesivas subcontratas, por cuanto no es él quien celebra posteriores negocios jurídicos<sup>66</sup>. Otro punto que se ha destacado es que la responsabilidad encadenada ascendente carece de apoyatura legal, ya que el precepto del artículo 42 no lo establece claramente<sup>67</sup>.

Pero como viene siendo habitual en todo aquello relacionado con el artículo 42, otra parte la doctrina ha expresado su disconformidad con la teoría bipolar, y ha mantenido que la teoría ascendente, por la que todos son responsables, es la más adecuada<sup>68</sup>, aunque si bien es cierto apenas se han expuesto argumentos a su favor. Ha sido con la sentencia del TSJ de Murcia de 26 de

<sup>63</sup>. Cruz Villalón, J. *Descentralización*.. art.cit., pág. 123

<sup>64</sup>. Cruz Villalón, J. *Descentralización*.. art.cit., pág. 124

<sup>65</sup>. Martín Valverde, A. *Responsabilidad empresarial*.. art.cit., pág. 264

<sup>66</sup>. Cruz Villalón, J. *Descentralización*.. art.cit., pág. 125

<sup>67</sup>. Rodríguez Piñero, M. *Cadena de contratas*...art.cit., pág. 50

<sup>68</sup>. García Murcia, J. *Trabajo en contratas*...art.cit., pág. 42-43. Martín Valverde, A. *Responsabilidad empresarial*.. art.cit., pág. 264. Alonso Olea, M. – Casas Baamonde, *Derecho del trabajo*, 13ª ed. STCT 29 noviembre 1973(Ar.4878), STS 7 julio 1994(Ar.6351), STSJ Andalucía 11 octubre 1995(A.L.577/96), STSJ Murcia 24 octubre 1996(Ar.4602)

octubre de 1996(Ar.4602)cuando se han expuesto una serie de argumentos, a nuestro juicio muy acertados, en los que se determinan las razones por las que se adopta la teoría de la responsabilidad ascendente:

- Que las empresas contratistas y subcontratistas, por sus dimensiones y menor consistencia patrimonial, presentan riesgos de mayor debilidad económica.
- Que la empresa principal asume unos beneficios económicos y por tanto debe asumir unos riesgos vinculados al proceso productivo.

De esta manera se establece la responsabilidad solidaria de la empresa principal, en el caso de la cadena de contratas, puesto que aunque no tenga que ver con su contratación sí que obtiene los beneficios que se derivan del trabajo de los empleados de las contratas o subcontratas. Al formar parte de su propia actividad, de modo que participan en el ciclo productivo de la empresa principal, se establece desde mi punto de vista un deber de vigilancia y responsabilidad por parte del empresario principal, que determinan dicha responsabilidad solidaria, además de configurarse como una garantía para los trabajadores dada la tradicional debilidad de las empresas contratadas o subcontratadas.

## VI. RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

El empresario responde de todos los descubiertos derivados del incumplimiento de las empresas auxiliares, en materia de cotización de los trabajadores destinados a la contrata, la responsabilidad se extiende a la cuota, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, FOGASA y desempleo<sup>69</sup>.

### 1. Respecto a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social

Las mejoras voluntarias establecidas en el artículo 39.1 de la ley General de Seguridad Social entendidas dentro de la responsabilidad solidaria del empresario principal, han sido uno de los puntos discrepantes, tanto para la doctrina, como para la jurisprudencia. Dicho artículo dice que «La modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el apartado 1 del artículo 7 de la presente Ley, podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que

---

<sup>69</sup>. STS 7 diciembre de 1988(Ar.9340).

se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los Regímenes Especiales.»<sup>70</sup>. Se pueden considerar por tanto como mejoras voluntarias las prestaciones convenidas a favor de los trabajadores en forma de rentas o las contingencias de jubilación, gran invalidez, viudedad, etc. Las mejoras voluntarias se consideran como parte de la Seguridad Social complementaria que son técnicas de protección social basadas en la voluntariedad del incremento o adición a las prestaciones básicas que imperativamente han de mantener los poderes públicos, cuyo amplio campo de aplicación posibilita el inciso final del artículo 41 CE al decir que «la asistencia y prestación complementaria serán libres.»<sup>71</sup> La doctrina mayoritaria<sup>72</sup> ha admitido las mejoras voluntarias como parte de esa responsabilidad, puesto que se trata de obligaciones complementarias *referidas* a la Seguridad Social. Algún autor<sup>73</sup> al no señalar nada al respecto la Tesorería General de la Seguridad social, entiende que no tiene por qué admitirse. Las sentencias dictadas en esta materia han sido contradictorias, por un lado no se ha admitido dicha responsabilidad<sup>74</sup>, destacando las sentencia del TSJ de Andalucía de 23 de febrero de 1995(Ar.752) que considera a la mejora como una indemnización, , y la sentencia del TSJ de Cantabria de 6 de junio de 1994(Ar.2434), en la que destaca el carácter no salarial de las mejoras:

<sup>70</sup>. El artículo 39 LGSS, se completa con los artículos 191 LGSS:« 1. Las mejoras voluntarias de la acción protectora de este Régimen General podrán efectuarse a través de: a) Mejora directa de las prestaciones. b) Establecimiento de tipos de cotización adicionales.

2. La concesión de mejoras voluntarias por las empresas deberá ajustarse a lo establecido en esta sección y en las normas dictadas para su aplicación y desarrollo.» y 192 LGSS :« Las empresas podrán mejorar directamente las prestaciones de este Régimen General, costeándolas a su exclusivo cargo. Por excepción, y previa aprobación del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, podrá establecerse una aportación económica a cargo de los trabajadores, siempre que se les faculte para acogerse o no, individual y voluntariamente, a las mejoras concedidas por los empresarios con tal condición.

No obstante el carácter voluntario, para los empresarios, de la implantación de las mejoras a que este artículo se refiere, cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento.»

<sup>71</sup>. Yanini Baeza, J. *Derecho de la Seguridad Social*, De la Villa, L. E. y otros autores. Tirant lo Blanch. 1997, pag 746

<sup>72</sup>. Cruz Villalón, J. *Descentralización..* art.cit., pág. 142. Moreneo Pérez, J.L. *La responsabilidad en los procesos de subcontratación: puntos críticos*. Ibidem, Madrid. 1993

<sup>73</sup>. Martínez Garrido, L.R. *Tratamiento laboral de la contratación ..op.cit.*

<sup>74</sup>. STS 2 julio 1983 (Ar.3704), STS 15 diciembre 1986(Ar.7385), STS 2 febrero 1987 (Ar.753)

*«El denominado «complemento de desempleo» se trata de una compensación de naturaleza indemnizatoria que únicamente nacería en el momento en que la prevista suspensión de la relación laboral se produjera. La naturaleza como concepto no salarial de la indemnización en los casos de suspensión de los contratos laborales resulta tanto del art. 26.2 del Estatuto de los Trabajadores como del art. 3 del Decreto de Ordenación del Salario 2380/1973, de 17 agosto. En consecuencia, no puede entenderse incluido dentro de la responsabilidad solidaria contemplada en el art. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores, ya que se extiende únicamente a las obligaciones de carácter salarial».*

Otra sentencia que ha entendido que no debe extenderse la responsabilidad solidaria a las mejoras voluntarias ha sido la del TS de 19 de mayo de 1998(Ar.S.4730) afirmando que *«el precepto esta enumerando obligaciones referidas a la Seguridad Social, entendida como Ente gestor de prestaciones, y que únicamente pueden referirse a esas cuotas o a prestaciones anticipadas por la Seguridad Social, - y ello se admite aquí a efectos dialécticos -, prestaciones nacidas precisamente de estos descubiertos, pues el precepto en esta materia de Seguridad Social, que como veremos son subsidiarias cuando se trata de las prestaciones del sistema».* También señala la sentencia que *«si en materia de prestaciones obligatorias de la Seguridad Social la regulación específica parte del principio de subsidiariedad, no puede admitirse el de solidaridad que se pretende».* La sentencia se refiere en este segundo inciso al artículo 127 de la LGSS, artículo que sin ninguna duda se aplica para aquellas contratas y subcontratas que no pertenezcan a la misma actividad, no así cuando la actividad de estas sea la misma. Por tanto no hay que generalizar esta subsidiariedad a la materia de prestaciones de Seguridad Social, siendo la solidaridad referida en el artículo 42 ET la regla general en cuanto a responsabilidades en materia de contratas y subcontratas y sólo cuando falte esta solidaridad será cuando se aplique el criterio de subsidiariedad expuesto en el artículo 127 LGSS.

Por otro lado hay sentencias en las que sí se ha admitido la responsabilidad solidaria<sup>75</sup> al entender que se trata de mejoras referidas a la Seguridad Social, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1997 (Ar.753) que señala:

*«El carácter de mejora voluntaria de la Seguridad Social que tiene la indemnización exigible según el artículo 42 del Convenio Colectivo, además*

<sup>75</sup>. STS 2 febrero 1987(Ar.753), STSJ Aragón 2 noviembre 1989(A.L.144/90).

*de indiscutido e indiscutible, a tenor de lo reiteradamente declarado por esta Sala. Por tanto, a la heredad demandada, que contrató con el empleado del obrero accidentado la realización de obras correspondientes a su propia actividad, alcanza la responsabilidad atribuida a dicho empleador de la que ha de responder solidariamente con aquél, a tenor del artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores y de los restantes que invoca la recurrente, con la excepción ya apuntada».*

En nuestra opinión las mejoras voluntarias deben estar incluidas dentro de la responsabilidad solidaria del empresario principal, al tratarse de obligaciones referidas a la Seguridad Social estimamos por tanto, que considerarla como concepto salarial no es relevante en esta materia. Tampoco consideramos que se trate de una indemnización, como señaló la sentencia del TSJ de Andalucía de 23 de febrero de 1995(Ar.752). Consideramos, desde nuestro punto de vista las mejoras voluntarias como un complemento cuya función es la de mejorar una prestación, no resarcir un daño, perjuicio, ni compensar el daño producido objeto de la prestación de Seguridad Social, sino que estamos ante una simple mejora de una prestación de la Seguridad Social, por lo que debe estar incluida dentro de los conceptos referidos a la Seguridad Social.

## **2. La responsabilidad de los artículos 104 y 127.1 de la Ley General de Seguridad Social**

Estos artículos establecen una responsabilidad subsidiaria, y afectan a aquellos casos que queden fuera del supuesto de propia actividad, y en aquellos casos en que haya pasado el plazo de un año para la solidaridad, y son responsabilidades derivadas de incumplimientos producidos durante la vigencia de la contrata.

El artículo 104 LGSS dice:« 1. El empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores, en su totalidad. Asimismo, responderán, en su caso, del cumplimiento de esta obligación las personas señaladas en los apartados 1 y 2 del artículo 127.», y el artículo 127 LGSS:« Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el

propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente.»

La responsabilidad subsidiaria que se refleja en este apartado no alcanza a las sanciones pecuniarias impuestas al deudor principal, salvo cuando aquélla resulte de la participación del responsable en una infracción de normas de Seguridad Social.<sup>76</sup>

Las obligaciones nacen cuando se declare responsable al empresario principal de todo o parte de las deudas y siempre que se haya declarado la insolvencia del empresario auxiliar.

## VII. RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE RIESGOS LABORALES

Según la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) de 31/1995 de 8 de noviembre ( además del Convenio número 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores), se ha señalado que los trabajos han de realizarse bajo el control y la inspección de la empresa principal, por lo que no se debe excluir por sistema, de responsabilidad, a la empresa principal. La responsabilidad solidaria se matiza de modo que ha de ser entendida vinculándola con la idea de empresario infractor<sup>77</sup>. La justificación a esta responsabilidad se puede encontrar en el artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>78</sup>, al señalar que: «Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan.

Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas o jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores». La existencia de responsabilidad ha de ir unida a una conducta negligente o inadecuada de aquel, o de la falta de cuidados precisos por parte del mismo o a la no adopción de medidas de riesgo

<sup>76</sup> Art. 12.1 RD 1426/1997 de 15 de septiembre. Reglamento de Recaudación y Recursos del Sistema de Seguridad Social.

<sup>77</sup> En este sentido la sentencia TS 18 abril de 1992(Ar.4849)

<sup>78</sup> Cesar Tolosa Triviño. *La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas*. Relaciones Laborales Nº 13. 1998, pág. 25.

que sean imputables de alguna manera al empresario principal. En este sentido la sentencia del TSJ de Cantabria de 9 de septiembre de 1997 (Sala de lo Contencioso – Administrativo) dice:

« De la referida doctrina constitucional se puede extraer la conclusión de que la responsabilidad solidaria establecida en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, debe verse modulada por el principio de culpabilidad, es decir, se hace necesaria la existencia de una conducta del empresario que suponga una intervención de los hechos que justifique su imputación, aun a título de dolo o culpa leve.»

La empresa principal responde solidariamente siempre que la infracción se haya cometido en su centro de trabajo tal como señala la Directiva del Consejo 89/391 en su artículo 6.4 que establece « cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias empresas, los empresarios deberán cooperar en la aplicación de disposiciones relativas a seguridad e higiene así como, habida cuenta el tipo de actividades, coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales, informarse mutuamente de dicho riesgos, e informar a sus trabajadores respectivos y/o sus representantes» y, el artículo 17 del Convenio núm. 155 de la OIT, que afirma que «cuando dos o más empresas desarrollen simultáneamente en el mismo lugar de trabajo», están sometidas a un deber de colaboración entre ellas en la aplicación de las medidas de seguridad e higiene, preceptos que tienen su reflejo en el artículo 24.1 LPRL: «Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley.»

En caso de que los contratistas no presten servicios en el mismo centro de trabajo, habrá responsabilidad solidaria, siempre que los trabajadores deban operar con maquinaria, productos, útiles o equipos proporcionados por la empresa principal, así lo señala el artículo 24.4 LPRL :« Las obligaciones consignadas en el último párrafo del apartado 1 del artículo 41 de esta Ley serán también de aplicación, respecto de las operaciones contratadas, en los supuestos en que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que tales trabajadores deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal.»



Es el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el que centra la materia respecto a las contratas y subcontratas, dicho artículo se titula: *coordinación de actividades empresariales*, que como ya hemos señalado son un reflejo de la Directiva del Consejo 89/ 391 y del convenio 155 de la O.I.T., este artículo en primer lugar establece un deber de colaboración, como se pone de manifiesto en su apartado primero, cuando realicen actividades varios empresarios en un mismo centro de trabajo.

El empresario está obligado a la cooperación con los demás y a informar a los demás empresarios que desarrollen su actividad en el mismo centro sobre los riesgos de este y medidas de prevención, protección y emergencia adoptadas frente a los mismos, esta obligación es extensible a todos los empresarios que tengan su actividad en el centro de trabajo, no siendo necesario, por tanto, que estos sean empleadores. El empresario titular del recinto donde se desarrollan los trabajos debe informar de los riesgos existentes, es una obligación interempresarial<sup>79</sup>. El artículo 24.2 señala a este respecto: «El empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores.»

Otro deber establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales es el deber de vigilancia, artículo 24.3, que dice: « Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.» El deber de vigilancia atiende a la propia actividad de contratas y subcontratas, cuyo concepto se ha tratado anteriormente.

Para terminar con el análisis del artículo 24 LPRL, hay que señalar el deber de información a los trabajadores establecido en su apartado quinto: «Los deberes de cooperación y de información e instrucción recogidos en los apartados 1 y 2 serán de aplicación respecto de los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en dichos centros de trabajo.»

---

<sup>79</sup>. García Piqueras, M. *Régimen ....op cit.*, Pág. 63

Un problema añadido al análisis de este artículo 24 LPRL, es determinar que se considera por centro de trabajo. El artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores dice: « A efectos de esta Ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral». Otra definición de centro de trabajo la encontramos en la Ley 9/89 de 12 de junio sobre órganos de representación que señala en su disposición adicional quinta que: « A efectos de lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de esta Ley, en adecuación a las actividades y organización específica de la Administración Pública, en las elecciones a representantes del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, constituirá un único centro de trabajo la totalidad de establecimientos dependientes del departamento u organismo de que se trate, que radiquen en una misma provincia, siempre que los trabajadores afectados se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de un mismo convenio colectivo.» Por último en el Real Decreto 486/1997 de 14 de abril, en el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo dice en el artículo 2: « 1. A efectos del presente Real Decreto se entenderá por lugares de trabajo las áreas del centro de trabajo, edificadas o no, en las que pueden acceder en razón de su trabajo.

Se consideran incluidos en esta definición, los servicios higiénicos y locales de descanso, los locales de primeros auxilios y los comedores.

## **2. Las instalaciones de servicio o protección anejas a los lugares de trabajo se consideraran como parte integrante de los mismos.»**

No debemos confundir, por tanto lugar de trabajo con centro de trabajo, el centro de trabajo es una unidad productiva del empleador ( con la excepción del trabajo a domicilio).

En cuanto a las responsabilidades administrativas por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley 31/1995 , en su artículo 24, habrán de determinarse en relación al deber infringido, así la infracción del artículo 24.1 respecto de las labores de coordinación será de aplicación el artículo 47.13 LPRL, que señala como infracción grave: « No adoptar los empresarios y los trabajadores por cuenta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales.» En cuanto al artículo 24.2, sobre el deber de información, le será de aplicación el artículo 47.14, que tipifica como infracción grave: « No informar el promotor o el empresario titular del Centro de trabajo a aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo sobre los

riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia.»Respecto del deber de vigilancia, nada se dice específicamente en la Ley de Prevención de riesgos Laborales, siendo de aplicación en este caso el artículo 42.2 , que tiene como antecedente el artículo 153 de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo y que dice: « La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de esta Ley del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por esta Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal.»

Por último se ha admitido la compatibilidad de responsabilidades administrativas, con indemnizaciones por daños y perjuicios y con el recargo de las prestaciones económicas.

#### **1. El recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad e higiene en el trabajo**

El artículo 123.1 del Real Decreto legislativo 1/1994 en el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social dice:« Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50%, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.»

Se plantea con este artículo la cuestión de si es posible la exigencia de responsabilidad respecto de las empresas contratistas o subcontratistas.

Hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1992 (Ar.4849) no se admitía por parte de los Tribunales, la responsabilidad de la empresa principal, sólo se consideraba responsable la empresa empleadora del trabajador. De modo que se ignoraba la aplicación del artículo 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene, y del artículo 17 del convenio 155 de la OIT, nos ilustra en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo 1990 (Ar.3744, Sala Contencioso- Administrativa) que señala: « el mencio-

nado artículo 153 como encuadrado en una simple orden carezca de rango legal para servir de cobertura a la sanción, sino que dicho precepto está derogado por la nueva normativa, como incompatible con ella al no extenderse la responsabilidad solidaria más que a los supuestos que menciona el citado artículo 42, quedando excluido el supuesto de autos y por ende inaplicable al caso ».

La sentencia de 18 de abril de 1992 (Ar.4849)nos dice:

Primero. Que el artículo 42.2 se refiere a obligaciones de la Seguridad Social y el recargo de las prestaciones entra dentro de esta obligación. Que se da como consecuencia de que la contrata o subcontrata sea de la misma actividad.

Segundo. Que la responsabilidad hay que vincularla con la idea de empresario infractor, así lo recoge el artículo 93 ( Hoy 123 de la LGSS). La conducta del empresario debe ser inadecuada o negligente. Debe existir acción u omisión por parte del empresario principal.

Tercero. Se señala además que el artículo 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, (hoy derogada), establece una responsabilidad solidaria, aunque limitada al centro de trabajo.

Cuarto. Señala de modo orientativo en artículo 17 del convenio 155 de la OIT (que actualmente tiene su reflejo en el artículo 24 LPRL)

Como señala esta sentencia « Lo que no parece correcto es excluir, por sistema y, en todo caso, de responsabilidad a la empresa principal, como hacen las sentencias de contraste antes referidas, pues esta simplista solución en primer lugar prescinde de la realidad en la que siempre es posible que la causa del siniestro se encuentre en la conducta negligente o culposa de ese empresario principal, y la sustituye por unas reglas objetivas y rígidas, y en segundo lugar no se compagina con las distintas normas legales en que se declara y proclama la responsabilidad de éste.»

La responsabilidad por el recargo cae directamente sobre el empresario infractor y no puede ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla, así lo señala el artículo 123.2 LGSS.

En definitiva la responsabilidad en el caso del recargo de prestaciones para las contingencias profesionales se extenderá al empresario principal cuando la

infracción se produzca dentro del ámbito de la empresa, durante el tiempo de vigencia de la contrata y el empresario principal haya participado en la infracción, responsabilidad que será de carácter solidario. Al menos así se refleja tras el estudio de los preceptos citados, el artículo 42 ET, el artículo 123 de la LGSS, los artículos 24 y 42 de la L. 31/1995 y la sentencia de 18 de abril de 1992.

Esta tesis establecida con la sentencia de 18 de abril de 1992 es la que se mantiene actualmente tal y como se ha recogido en otras sentencias posteriores.<sup>80</sup>

### VIII. ¿CUÁNDO NO HAY RESPONSABILIDAD? Y ¿CUAL ES EL PLAZO PARA RECLAMAR?

El artículo 42 señala que « No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto a su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de su actividad empresarial».

#### 1. Respecto al plazo para reclamar

El plazo para reclamar es de un año desde la terminación de la contrata. Para un sector de la doctrina se trata de un plazo de caducidad, y además en algunas sentencias se determinó también dicho plazo<sup>81</sup>, pero para la mayoría de la doctrina<sup>82</sup> se trata de un plazo de prescripción en base al artículo 59 del ET, aunque este no sea aplicable a la materia de seguridad social, afectando exclusivamente a las obligaciones salariales<sup>83</sup>.

---

<sup>80.</sup> TSJ Navarra 10 mayo 1996(Ar.1488), TSJ Cataluña 10 abril 1996(Ar.1425), TSJ País Vasco 16 enero 1996(Ar.200), TSJ Asturias 29 enero 1999.

<sup>81.</sup> García Murcia, J. *Trabajo en contratas...*art.cit. pág. 50 Martín Valverde, A. *Responsabilidad empresarial...*art.cit. , pág. 266. STS 23 noviembre 1987(Ar.8230), STCT 14 junio 1989.

<sup>82.</sup> Alonso Olea, M. – Casas Baamonde, *Derecho del trabajo*, 13ª ed. Cruz Villalón, J. *Descentralización.....*art.cit. Martínez Garrido,LR. *Tratamiento laboral de la contratación* ..op.cit., pág 65.

<sup>83.</sup> Martínez Garrido, LR. *Tratamiento laboral de la contratación*, op. cit. pág. 65.

## IX. CONCLUSIONES

Después del análisis expuesto, en el cual hemos pretendido aclarar a nuestro juicio una interpretación compleja y discutida, lo único que ha hecho coincidir plenamente a la doctrina, es la dificultad en la interpretación del artículo 42 del estatuto de los Trabajadores. La mayor aproximación para establecer algo de luz en el entramado interpretativo del artículo 42, la ha realizado la sentencia del Tribunal supremo de 18 de enero de 1995, sin embargo, el Tribunal Supremo, optó por una solución parcial del problema, evitando pronunciarse de un modo más clarificador, y abriendo exclusivamente una puerta hacia una interpretación más restrictiva del concepto de «propia actividad».

Desde nuestro punto de vista, y ante una materia tan compleja, y que afecta de manera tan directa a los intereses y derechos de los trabajadores, debería ser el legislador y no los tribunales el que se pronunciara en este tema, y solucionara con claridad todos los puntos oscuros que hemos delimitado en nuestro análisis.

Durante todos estos años hemos visto como la interpretación de la doctrina y jurisprudencia, ha pasado de analizar el artículo 42 como una garantía para preservar los derechos de los trabajadores, a analizar dicho artículo como una puerta para la flexibilización laboral. El legislador en todos estos años no ha mostrado sus preferencias ni cuando se trataba de contener las ansias descentralizadoras de las empresas ni ahora, con una actitud más permisiva. Esto nos lleva a pensar que el legislador en realidad no está interesado en realizar modificación alguna en dicho artículo. Su ambigüedad en casos como el de «propia actividad» da pie a que se haga una interpretación más o menos flexibilizadora según el momento económico, político y social.

La tendencia actual de los tribunales españoles es clara, de modo que se han dejado de lado algunos criterios morales, destinados a proteger y salvaguardar los derechos de los trabajadores, y se han reducido los criterios adoptados para estimar la responsabilidad solidaria del empresario principal. Para los tribunales algo ha cambiado en el panorama laboral, ya que para ellos no es necesario mantener ese celo protector, ante las contratas y subcontratas, que se ha desarrollado hasta estos últimos años por la jurisprudencia. Como ejemplo las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1998 y 24 de noviembre de 1998. En la primera se ha eliminado de los supuestos de responsabilidad los salarios de tramitación, en contra de la tesis mantenida por todas las sentencias del mismo Tribunal desde la aparición del artículo 42 del

Estatuto de los Trabajadores. En la segunda sentencia se ha dado un gran paso para determinar como fundamental la teoría inherente de la «propia actividad», estableciendo, por tanto, una interpretación más restrictiva de los supuestos de responsabilidad solidaria.

A nuestro juicio se ha olvidado que el trabajador es la parte más perjudicada, por lo que debería establecerse una protección más amplia, protección que el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores no impide, pues en su interpretación, analizada en este trabajo, se pueden establecer sin ninguna duda, esas garantías.

No parece que sea la intención del legislador la de regular unos supuestos concretos de contratas y subcontratas. Creemos que la intención original era la de garantizar una serie de derechos a aquellos trabajadores, encuadrados dentro de las contratas y subcontratas, dada la tradicional debilidad económica de dichas empresas, y abarcar, con el concepto de propia actividad, a casi todas las contratas y subcontratas, estableciendo una responsabilidad solidaria a favor del empresario principal como beneficiario directo del trabajo realizado por los empleados de la contrata. Además como ya hemos señalado en este estudio la subcontratación es una de las formas de trabajo clandestino, por la que algunos empleadores deciden flexibilizar de un modo ilegal su productividad, sobre todo en materia de protección social para los trabajadores que forman parte de sus plantillas, de modo que puedan competir de manera más ventajosa dentro de los mercados de manera más competitiva, perjudicando por tanto al resto de empresas que se ven obligadas a competir en inferioridad de condiciones, y por otro lado perjudicando a la propia administración. Por todo esto, cualquier interpretación que deba darse a este artículo 42 del Estatuto de los trabajadores, debe estar encaminada a proteger y garantizar de la mejor manera posible los derechos de los trabajadores y así evitar unas consecuencias que como hemos expuesto no sólo afectan a estos.

## X. BIBLIOGRAFIA

- A.OLEA – E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Univ. Complutense 13ª Ed.  
CRUZ VILLALON, J, “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, 1992, nº 2  
DE LA VILLA GIL, L.E. Y OTROS, *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 1997.  
FERNANDEZ MARCOS, L. “Responsabilidad del empresario principal respecto de contratistas y subcontratistas en materia de Seguridad e Higiene en el trabajo”, *Actualidad Laboral*, 1992, nº 1

GARCIA MURCIA, J, "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", *Revista de política social*, nº 130, año: 1981.

GARCIA PAREDES, M.L., "La subcontratación de obras y servicios. Cuadernos de Derecho Judicial", 1994, T XXII (C.G.P.J.) y *Actualidad Laboral*, nº 40

GARCIA PIQUERAS, M., *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios*, Tirant lo Blanch, 1998.

MARTINEZ GARRIDO, L.R, *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas, problemas y soluciones*, Fundación Comfemetal, 1998.

MARTIN VALVERDE, A.:

- Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios. Comentarios a las leyes laborales. 1982, T. VIII.
- "La protección jurídica del trabajo en contratas, delimitación de los supuestos de hecho", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, T XXII (C.G.P.J.).

MONEREO PEREZ, J.L. *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Ibidem. 1993

RODRIGUEZ- PIÑERO BRAVO-FERRER, M.

- "La regulación protectora del Trabajo en contratas", *Revista de Política Social*, 1972, nº 93
- "El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores", *Relaciones Laborales*, 1996, T. I
- "Propia actividad y contrata", *Relaciones Laborales*, 1996, nº 6
- "Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal", *Relaciones Laborales*, 1996, nº 7

SALA FRANCO, T. *Las contratas y subcontratas de obras y servicios. El ordenamiento laboral español y los límites de la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, MTSS, 1987.

TOLOSA TRIVIÑO, C., "La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas", *Relaciones Laborales*, 1998, nº 13.